



Strasbourg, le 5 octobre 2010

CDL(2010)107*
Fr. seul

Avis n° 594 / 2010

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

OBSERVATIONS

**SUR CERTAINS ARTICLES DE LA LOI ELECTORALE
DE LA BOSNIE-HERZEGOVINE,
DE LA CONSTITUTION DE LA FEDERATION
DE LA BOSNIE-HERZEGOVINE
ET DU STATUT DE LA VILLE DE MOSTAR**

par

M. Jean-Claude SCHOLSEM (Membre suppléant, Belgique)

*Ce document a été classé en diffusion restreinte le jour de la diffusion. Sauf si la Commission de Venise en décidait autrement, il sera déclassifié un an après sa publication en application des règles établies dans la Résolution CM/Res(2001)6 sur l'accès aux documents du Conseil de l'Europe.

Ce document ne sera pas distribué en réunion. Prière de vous munir de cet exemplaire.

www.venice.coe.int

I LES FAITS ET LA REQUÊTE

1.- Le caucus croate de la House of Peoples de la Bosnie-Herzégovine demande à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur diverses dispositions de la loi électorale de Bosnie-Herzégovine, des amendements à la Constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine et du statut même de la ville de Mostar.

Toutes ces dispositions sont issues d'une décision du Haut Représentant et visent à élaborer un régime électoral spécifique pour la ville de Mostar¹.

2.- Dans ses grandes lignes, ce régime électoral peut être synthétisé comme suit.

Le City Council comprend 35 membres. 17 d'entre eux sont élus par tous les électeurs de la ville (city-wide electoral constituency). Un minimum de 4 représentants des 3 peuples constituants et d'un représentant des Others doit être élu. Si ce minimum n'est pas atteint, les dispositions à caractère technique de l'article 19.5 de la loi électorale de B-H entrent en jeu.

Les 18 autres conseillers sont élus au niveau des 6 city area electoral constituencies (les anciennes municipalités) qui recouvrent toute la ville sauf, apparemment, la central area.

Aucun peuple constituant ne peut occuper plus de 15 sièges de conseillers sur le total du City Council. Si ce devait être le cas, les dispositions techniques de l'article 19.6 trouvent à s'appliquer, en vue de réduire ce nombre.

En outre, les membres du City Council élus par les 6 city area electoral constituencies forment un comité spécial, composé de 3 membres, disposant de certaines compétences particulières pour la city area visée.

Enfin, le maire de Mostar n'est pas élu directement par les électeurs, mais est élu au second degré par et parmi les conseillers du City Council, à la majorité décrite par l'article 44 du statut de Mostar.

3.- En bref, les requérants reprochent à ces dispositions d'établir un régime électoral qui, selon eux, ne s'applique à aucune autre ville de Bosnie-Herzégovine.

Ils critiquent les planchers dans la représentation des peuples constituants (minimum de 4 conseillers élus dans la city-wide electoral constituency), ainsi que le plafond global (aucun peuple constituant ne peut avoir plus de 15 conseillers sur les 35 membres du City Council). Ils dénoncent par ailleurs le fait que quel que soit leur nombre d'électeurs, les six districts (city area electoral constituencies) élisent le même nombre de conseillers (3).

Ils s'attardent longuement sur le statut discriminatoire auquel est soumise, selon eux, la central area.

Enfin, ils s'attaquent au fait que le maire de Mostar n'est pas élu directement par la population, mais par le City Council lui-même.

¹ On pourrait *a priori* douter de la compétence de la Cour constitutionnelle pour trancher un problème de constitutionnalité soulevé par des textes émanant du Haut Représentant, qui est l'interprète final des accords de Dayton.

La Cour a toutefois affirmé sa compétence dans l'arrêt n° U-9/00 du 3 novembre 2000. Cette jurisprudence ne peut qu'être approuvée, puisqu'elle soumet l'action –en soi non démocratique – du Haut Représentant à un contrôle juridictionnel interne. Voyez sur ce point : Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine et les pouvoirs du Haut Représentant, CDL-AD (2005) 004, § 84 et suiv.

II TEXTES APPLICABLES ET INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE

4.- Les requérants s'appuient principalement sur l'article II (4) de la Constitution de B-H qui prohibe toute discrimination en ce qui concerne les droits prévus par les textes repris à l'annexe I de cette Constitution. Parmi ces textes, on retrouve notamment l'article 25 du Pacte ONU de 1966 relatif aux droits civils et politiques et l'article 5, paragraphe 1(d) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965.

Ces deux textes visent toutes les élections, à tous les niveaux et s'appliquent en l'espèce.

Même si l'article 3 du protocole n°1 à la CEDH ne trouve pas à s'appliquer, compte tenu du caractère local des élections, le protocole n° 12, bien que non invoqué par les requérants, pourrait lui aussi servir de référence sur base de l'article II (2) de la Constitution de la B-H.

5.- Il découle de l'arrêt *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine* du 22 décembre 2009 que la Cour européenne des droits de l'homme interprète le protocole n° 12 exactement dans le même sens que l'article 3 du protocole n° 1.

C'est donc la jurisprudence des organes de Strasbourg relative à l'article 3 du protocole n°1 qui doit notamment servir de guide à la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine dans le délicat problème du respect du principe d'égalité en matière électorale.

Comme chacun sait, la Cour européenne octroie aux Etats une très large marge de manoeuvre dans ce domaine.

L'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* reste, en cette matière, la décision fondatrice. Cet arrêt reconnaît l'existence de limitations implicites aux droits reconnus par l'article 3 du protocole n°1. "Il [la Cour] lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés" (§52).

La Cour souligne en outre que "[l]es systèmes électoraux cherchent à répondre à des objectifs parfois incompatibles entre eux, d'un côté réfléchir de manière approximativement fidèle les opinions du peuple, de l'autre canaliser les courants de pensée pour favoriser la formation d'une volonté politique d'une cohérence et d'une clarté suffisantes" (§54).

La Cour met l'accent sur le "principe de l'égalité du traitement de tous les citoyens dans l'exercice de leur droit de vote et de leur droit de se présenter aux suffrages" (*ibidem*). Elle tempère toutefois ce principe "one man, one vote" en soulignant qu'"[i]l ne s'ensuit pourtant pas que tous les bulletins doivent avoir un poids égal quant au résultat, ni tout candidat des chances égales de l'emporter" (*ibidem*).

Les circonstances et l'évolution politique du pays occupent une place centrale dans le raisonnement de la Cour "de sorte que des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre pour autant du moins que le système adopté réponde à des conditions assurant la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif" (*ibidem*).

Ainsi, il ne fait pas de doute que le contexte belge de l'époque et l'objectif de la réforme ont lourdement pesé sur la décision de la Cour dans cette affaire. "Encore inachevée, la réforme en cours cherche à réaliser un équilibre entre les diverses communautés culturelles et régions du Royaume; elle a pour but d'apaiser, par la création de structures plus stables et décentralisées,

les différends linguistiques au sein du pays”(§ 57). De telles considérations peuvent éclairer *a pari* ou *a fortiori* la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine dans le cas présent.

6.- On peut dès lors comprendre que les espèces où la Cour européenne a reconnu qu'un système électoral, considéré sous l'angle du droit de vote, n'était pas compatible avec l'article 3 du protocole n° 1 ont été très rares. Dans le cadre de cette *Amicus curiae*, un des cas les plus intéressants d'une telle incompatibilité est sans doute l'arrêt *Aziz* du 22 juin 2004. La République de Chypre a été condamnée parce qu'elle déniait complètement le droit de vote aux Chypriotes turcs. Le droit est alors atteint dans sa substance même. Mais pour la mécanique électorale à proprement parler, à savoir la manière dont les voix sont transformées en sièges, la Cour fait preuve d'une grande retenue.

La Cour a résumé sa doctrine en matière de limitations implicites dans l'arrêt *Zdanoka c. Lettonie* (GC) du 16 mars 2006. Ces limitations doivent être appréciées de manière beaucoup plus souple que celles prévues aux paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la Convention. N'importe quel but, pourvu qu'il soit légitime, peut être pris en considération. Le lien entre le but poursuivi et les restrictions utilisées ne doit pas être interprété de manière stricte, en termes de nécessité : "[l]a Cour s'attache essentiellement à deux critères: elle recherche d'une part s'il y a eu arbitraire ou manque de proportionnalité et d'autre part si la restriction a porté atteinte à la libre expression de l'opinion du peuple" (§ 115).

7.- Ces arguments, tirés de la jurisprudence européenne, sont encore renforcés dans le cas de la Bosnie-Herzégovine, par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle elle-même.

Dans son arrêt n° 5/98 du 1er juillet 2000 (*peuples constituants*), la Cour déduit du préambule même de la Constitution de la B-H, citant comme peuples constituants les Bosniaques, les Croates et les Serbes, le principe de l'égalité de ces groupes à tous les niveaux : "the constitutional principle of collective equality following from the designation of Bosniacs, Croats and Serbs as constituent peoples prohibits any special privilege for one or two of these peoples, any domination in governmental structures, or any ethnic homogenization through segregation based on territorial separation..." (§ 60).

La Cour a fait une application remarquable de ces principes dans l'affaire n° U- 4/05 du 22 avril 2005 dans une hypothèse assez proche de celle de Mostar. Dans cette affaire, le statut de la ville de Sarajevo prévoyait une représentation minimale garantie de 20% octroyée aux seuls Bosniaques et Croates. Cette disposition a été jugée contraire au principe de l'égalité collective des peuples constituants, ainsi qu'aux articles 2 et 5 paragraphe 1 (c) de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

8.- On peut d'ailleurs faire remarquer que des techniques sinon identiques, du moins semblables à celles utilisées pour la ville de Mostar sont aussi employées dans d'autres villes à caractère composé.

Ainsi, en Belgique, la Région de Bruxelles-capitale (qui inclut la ville de Bruxelles et 18 autres municipalités) possède une assemblée divisée en deux groupes linguistiques. Le gouvernement issu de cette assemblée doit comprendre deux ministres francophones et deux ministres néerlandophones, ainsi qu'un président. Ce gouvernement doit prendre ses décisions selon la règle du consensus. Ceci signifie qu'en pratique les francophones, largement majoritaires, ont perdu tout pouvoir de domination unilatérale sur la Région et doivent partager ce pouvoir avec la minorité néerlandophone, pour laquelle, par ailleurs, un certain nombre de mesures protectrices ont été prévues.

Un pas de plus a été fait dans cette direction en 2001, lorsqu'il a été décidé que la représentation flamande au sein de l'assemblée serait fixée à un nombre fixe, supérieur aux résultats des élections, sur-représentant donc cette population².

La Cour constitutionnelle (alors Cour d'arbitrage) a avalisé ce mécanisme sur base, notamment de l'article 3 du protocole n° 1 en énonçant : "[d]e même que l'article 3 précité n'implique pas que la dévolution des sièges soit le reflet exact du nombre de suffrages, rien ne s'oppose en principe à ce qu'une représentation fixe soit prévue pour une minorité numérique" (Cour d'arbitrage, arrêt n° 35/2003 du 25 mars 2003, B. 16. 5).

III ELEMENTS D'APPRECIATION DE LA REQUÊTE DU CAUCUS CROATE

9.- Les principaux éléments de la requête du caucus croate vont être passés en revue, à la lumière des enseignements dégagés jusqu'ici.

Il convient, semble-t-il, de progresser par ordre, en commençant par les éléments qui paraissent les plus faciles à rejeter pour aboutir à ceux susceptibles de poser plus de difficultés.

10.- En premier lieu, la requête dénonce le fait que seule la ville de Mostar est soumise à ce régime particulier, ce qui n'est pas le cas, par exemple de Banja-Luka ou de Sarajevo.

Outre le fait que cette assertion ne semble pas factuellement exacte en ce qui concerne Sarajevo (voir arrêt de la Cour constitutionnelle de B-H n° U- 4/05), le champ d'application territorial de la loi relève de la compétence exclusive du législateur. Des circonstances particulières peuvent justifier des solutions différentes, sauf erreur manifeste du législateur, ce qui n'est certainement pas le cas en l'espèce. En ce qui concerne Mostar, des éléments tirés des accords de Washington et de Dayton soulignent sa spécificité. L'évolution historique doit aussi être prise en considération, comme le fait couramment la Cour européenne des droits de l'homme.

La création de solutions *ad hoc* est très fréquente dans les Etats composés. A titre d'exemple, en Belgique, un système très spécifique d'administration municipale a été imposé à certaines communes, et pas à d'autres, pour le seul motif que c'est "principalement dans cet ensemble de communes qu'a existé un contentieux portant sur les connaissances linguistiques des mandataires locaux". Cette décision législative a reçu la caution de la Cour constitutionnelle (alors Cour d'arbitrage) (arrêt n°18/90 du 23 mai 1990, B.13. 2).

11.- Quant à l'élection indirecte du maire de Mostar, elle ne suscite pas non plus de problème majeur. L'objectif légitime poursuivi est de toute évidence de promouvoir une certaine pacification ethnique, plus facile à réaliser dans le cadre d'une élection indirecte que d'une élection directe. Les requérants le reconnaissent d'ailleurs implicitement, en notant que "[t]hat right is exercised in a less democratic way, i. e. indirectly through the councillors in the City Council" (point 7 de la requête).

12.- La composition du City Council appelle les réflexions suivantes.

- a) Le plafond global de 15 conseillers qui évite, comme le souligne le 6ème considérant de la décision enacting the statute of the City of Mostar, qu'un peuple constituant n'exerce une dominance sur les autres ne semble pas disproportionné, eu égard aux circonstances et au but poursuivi. Cette limite doit être replacée dans le contexte du statut d'une ville contenant une disposition

² En comparaison avec les dernières élections, les chiffres fixés font qu'il faut 3652 voix pour obtenir un siège néerlandophone et 5086 pour obtenir un siège francophone. (L'écart s'est creusé depuis lors)

relative aux intérêts vitaux(article 35). En outre, comme il a déjà été démontré, des dispositions similaires existent à l'étranger en ce qui concerne d'autres villes soumises à des tensions collectives.

- b) Le minimum de 4 représentants par peuple constituant (plus 1 pour les Others), c'est à dire 13 sièges sur les 17 élus par la city wide electoral constituency semble susceptible d'emporter de sérieuses distorsions par rapport à l'égalité du suffrage, conçue en termes individuels. L'effet réel de la mesure ne peut s'apprécier qu'en tenant compte de la répartition effective des votes entre les divers peuples constituants. En toute hypothèse, cette mesure n'est pas, à nos yeux, disproportionnée. En effet, si la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine suit les enseignements de la Cour européenne des droits de l'homme, elle ne sanctionnera, comme contraire à l'article 3 du protocole n°1, qu'une privation totale du droit de vote, comme c'était le cas dans les affaires *Aziz et Matthews*.
- c) La même remarque peut être faite à propos la représentation égalitaire de 3 conseillers élus par les 6 city area electoral constituencies. Il est exact que les disproportions sont ici très marquées, aux dires des requérants, mais le même objectif de pacification ethnique peut être invoqué. En outre, il existe une autre justification à cette représentation égalitaire : ces personnes vont former des committees for city areas, dotées de certaines compétences(article 38 du statut de la ville de Mostar).
- d) Le problème de la central area est soulevé à diverses reprises dans la requête du caucus croate.

Il n'est pas aisé, pour un observateur étranger, de comprendre ce problème et tout ce que nous allons écrire à ce sujet reste très hypothétique.

Si nous comprenons bien le système, les électeurs de Mostar ont en principe deux bulletins de vote, le premier pour élire les 17 conseillers à désigner par la city-wide electoral constituency, le second pour élire les 3 conseillers au niveau des 6 city area electoral constituencies.

Il reste apparemment une lacune, le sort de la central area. Ceci semble confirmé par le fait que dans le cadre de la Commission for reforming the city of Mostar, certains partis proposaient non pas 6 districts électoraux, mais 7, incluant la central area.

Si tel est le cas, les électeurs de cette central area sont discriminés, non par le système de dévolution des sièges, mais en tant que tels. Pour reprendre la terminologie de la Cour européenne des droits de l'homme, leur droit de vote est atteint dans sa substance, puisqu'ils ne disposent que de la moitié de la force électorale des autres électeurs.

Certes, on peut concevoir que les committees for city areas ont pour mission de rapprocher l'offre de services des citoyens concernés, besoin qui n'existerait pas dans la central area.

Mais le problème subsiste de savoir qui est compétent dans cette central area pour exercer les compétences dévolues aux committees for city areas par l'article 38 du statut de Mostar. Si c'est le City Council qui possède cette compétence, ces matières seraient réglées par d'autres électeurs que ceux qui sont concernés par la décision et le principe d'égalité paraît gravement compromis.

En toute hypothèse, la composition du City Council est affectée par l'amputation de moitié des droits électoraux des électeurs de la central area.

Si notre analyse est exacte et correspond à la réalité, la solution manque de proportionnalité et ne peut être justifiée par le but poursuivi. Il faudrait donc, dans ce cas, des éléments tout à fait *exceptionnels* pour pouvoir valider cette solution au regard du principe d'égalité, par exemple la preuve tangible que, dans le contexte de Mostar, aucune autre solution n'est concevable ni praticable.

NOTE COMPLEMENTAIRE SUR MOSTAR : LE STATUT DE LA CENTRAL ZONE.

Après avoir pris connaissance du document envoyé par la Cour Constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine relatif à la central zone, les remarques suivantes peuvent être faites.

Les résidents de cette central zone paraissent bel et bien discriminés, puisque, contrairement à tous les autres résidents de Mostar, ils ne votent qu'au niveau de la city wide electoral constituency et non au niveau des city area electoral constituencies.

Leur force électorale est donc d'emblée réduite de moitié. Ces électeurs sont discriminés, non pas par le système de dévolution des sièges, mais en tant que tels. En outre, ces électeurs peuvent appartenir à n'importe lequel des peuples constituants ou aux Others, la discrimination qui les frappe repose sur une base géographique.

Aucune justification n'est donnée dans le document qui nous a été communiqué. Le fait que la même solution était reprise dans l'Interim Statute du 7 février 1996 n'est en aucun cas relevant. Il en va de même pour le fait que cette solution a été imposée par une décision du Haut Représentant, puisque la Cour Constitutionnelle est compétente vis-à-vis de ces actes.

En outre, le City Council, élu de manière discriminatoire, intervient en ce qui concerne la central zone dans des domaines qui, dans les 6 city areas, sont gérées de manière autonome (article 56, alinéa 4 du statut de Mostar). Il y a là violation d'une règle démocratique essentielle qui veut que ce soit les électeurs concernés et pas d'autres personnes qui prennent les décisions qui les concernent. Les électeurs de la central zone vivent donc dans une sorte de tutelle, exercée par le City Council dans son ensemble (City Council où ces électeurs sont handicapés sur le plan électoral). Cette tutelle n'apparaît en outre pas compatible avec la Charte de l'autonomie locale.

Il faudrait donc une justification spéciale, très concrète et détaillée, pour pouvoir le cas échéant justifier ce système.